



# Initiativstellungnahme

des Deutschen Anwaltvereins durch  
den Ausschuss Migrationsrecht

zur

Neuregelung des Beschäftigungsrechts im Zusammenhang  
mit Berufsausbildungen

Stellungnahme Nr.: 13/2018

Berlin, im April 2018

## Mitglieder des Ausschusses

- Rechtsanwältin Gisela Seidler, München (Vorsitzende)
- Rechtsanwalt Helmut Bäcker, Frankfurt/Main
- Rechtsanwalt Dr. Wolfgang Breidenbach, Halle/Saale  
(Berichterstatter)
- Rechtsanwalt Dr. Marco Bruns, Frankfurt/Main  
(stellvertretender Vorsitzender)
- Rechtsanwältin Maria Kalin, Passau
- Rechtsanwalt Tim W. Kliebe, Frankfurt/Main
- Rechtsanwältin Kerstin Müller, Köln
- Rechtsanwalt Berthold Münch, Heidelberg
- Rechtsanwalt Thomas Oberhäuser, Ulm
- Rechtsanwältin Eva Reichert, Köln
- Rechtsanwalt Rolf Stahmann, Berlin
- Rechtsanwältin Eva Steffen, Köln

## Zuständig in der DAV-Geschäftsführung

- Rechtsanwältin Bettina Bachmann, Berlin

**Deutscher Anwaltverein**  
Littenstraße 11, 10179 Berlin  
Tel.: +49 30 726152-0  
Fax: +49 30 726152-190  
E-Mail: [dav@anwaltverein.de](mailto:dav@anwaltverein.de)

**Büro Brüssel**  
Rue Joseph II 40  
1000 Brüssel, Belgien  
Tel.: +32 2 28028-12  
Fax: +32 2 28028-13  
E-Mail: [bruessel@eu.anwaltverein.de](mailto:bruessel@eu.anwaltverein.de)  
Transparenz-Registernummer:  
87980341522-66

[www.anwaltverein.de](http://www.anwaltverein.de)

## **Verteiler**

---

- Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat
- Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
- Beauftragte der Bundesregierung für Migration, Flüchtlinge und Integration
- Innenausschuss des Deutschen Bundestages
- Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages
- Ausschuss für Menschenrechte und humanitäre Hilfe des Deutschen Bundestages
- CDU/CSU-Fraktion im Deutschen Bundestag
- SPD-Fraktion im Deutschen Bundestag
- AfD-Fraktion im Deutschen Bundestag
- FDP-Fraktion im Deutschen Bundestag
- Fraktion DIE LINKE im Deutschen Bundestag
- Fraktion Bündnis 90/Die Grünen im Deutschen Bundestag
- Arbeitsgruppen Inneres der im Bundestag vertretenen Parteien
- Arbeitsgruppen Recht und Verbraucherschutz der im Bundestag vertretenen Parteien
- Arbeitsgruppen Menschenrechte und humanitäre Hilfe der im Bundestag vertretenen Parteien
- UNHCR Deutschland
- Katholisches Büro in Berlin
- Bevollmächtigte des Rates der EKD bei der Bundesrepublik Deutschland
- Diakonisches Werk der EKD
- Deutscher Caritasverband
- Deutsches Rotes Kreuz
- AWO Bundesverband e.V.
- Flüchtlingsrat Berlin
- Jesuitenflüchtlingsdienst Deutschland
- Deutsches Institut für Menschenrechte
- Bundesrechtsanwaltskammer
- Deutscher Richterbund
- Bund Deutscher Verwaltungsrichter und Verwaltungsrichterinnen
- PRO ASYL, Bundesweite Arbeitsgruppe für Flüchtlinge e. V.
- Der Paritätische
- Deutscher Gewerkschaftsbund (Bundesarbeitsrat)
- Neue Richtervereinigung (NRV)
- Deutscher Industrie- und Handelskammertag (DIHK)
- Zentralverband des Deutschen Handwerks (ZdH)
- Bundesverband der Deutschen Industrie (BDI)
- Vorstand des DAV
- Vorsitzende der DAV-Gesetzgebungsausschüsse
- Landesverbände des DAV
- Ausschuss Migrationsrecht
- Geschäftsführender Ausschuss der Arbeitsgemeinschaft Migrationsrecht

- NVwZ
- ZAR
- Asylmagazin
- ANA
- Informationsbrief Ausländerrecht

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit ca. 64.500 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

---

## **I. Zusammenfassung**

Der Deutsche Anwaltverein begrüßt die Festlegung im Koalitionsvertrag, die „3+2-Regelung“ für Auszubildende bundesweit einheitlich anwenden zu wollen (Zeilen 4999 ff. des Koalitionsvertrags). Die „3+2-Regelung“ besagt, dass Flüchtlinge, auch wenn ihr Asylantrag abgelehnt worden ist, während einer dreijährigen Ausbildung geduldet sind und anschließend ein zweijähriges Aufenthaltsrecht erhalten. Wer seine Ausbildung auf Grundlage einer nach § 60a Abs. 2 S. 4 Aufenthaltsgesetz (AufenthG) erteilten Duldung abschließt und vom Ausbildungsbetrieb übernommen wird oder im unmittelbaren Anschluss ein der erworbenen Qualifikation entsprechendes Beschäftigungsverhältnis eingeht, hat unter den in § 18a Abs. 1a AufenthG genannten weiteren Voraussetzungen einen Anspruch auf Erteilung einer – zunächst auf zwei Jahre befristeten – Aufenthaltserlaubnis. Der Deutsche Anwaltverein schlägt eine gesetzliche Klarstellung vor, damit das Ziel des Gesetzgebers, den Zugang zu einer beruflichen Qualifizierung für Geduldete zu ermöglichen, nicht durch eine restriktive Praxis der Handhabung des Beschäftigungsrechts für Geduldete unterlaufen werden kann. Der Deutsche Anwaltverein hält es, um die Entscheidung über die Erteilung einer Ausbildungserlaubnis nicht von der rechtlichen Einschätzung und Haltung der Ausländerbehörde oder des Richters bzw. der Richterin am Verwaltungsgericht abhängig zu machen, für notwendig, in § 4 Abs. 2 AufenthG und § 61 Abs. 2 Asylgesetz (AsylG) ergänzende Klarstellungen vorzunehmen, wann die Ausübung einer Beschäftigung zu erlauben ist.

## II. Einleitung

Der Deutsche Anwaltverein begrüßt die Zielsetzung im Koalitionsvertrag, dass die „3+2-Regelung“ für Auszubildende bundesweit einheitlich angewandt werden soll. Das Ziel, den Zugang zu einer beruflichen Qualifizierung für Geduldete zu ermöglichen, darf nicht durch eine zu enge Auslegung des Beschäftigungsrechts für Geduldete unterlaufen werden (Zeilen 4999 ff. des Koalitionsvertrags). Damit weisen die Koalitionspartner nachdrücklich auf die aus ihrer Sicht nicht hinnehmbare Praxis hin, das mit der Einfügung der Vorschriften zur Ausbildungsduldung verfolgte Ziel im Sinne einer Anspruchsduldung mit einer restriktiven Handhabung des Beschäftigungsrechts zu hintertreiben. Die Koalitionspartner haben dabei offenbar die Vollzugshinweise des Bayerischen Staatsministeriums des Innern, für Bau und Verkehr vom 1. September 2016 (IMS IA2-2081-1-8-19) vor Augen, die kurz nach Inkrafttreten der neuen Regelungen zur Ausbildungsduldung am 6. August 2016 die Anwendbarkeit dieser Regelung in Bayern in vielen Fällen unmöglich gemacht haben. Verschwiegen werden soll an dieser Stelle nicht, dass diese Praxis nur deshalb beibehalten werden konnte, weil die Verwaltungsgerichte in Bayern den Ausländerbehörden attestiert haben, dass sie sich ermessensfehlerfrei an den Vollzugshinweisen vom 1. September 2016 orientieren können. Als Grund für die Nicht-Erteilung einer Beschäftigungserlaubnis könne zum Beispiel berücksichtigt werden, dass der Asylantrag durch das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (BAMF) abgelehnt wurde, auch wenn das Asylverfahren noch nicht bestandskräftig abgeschlossen ist (so ausdrücklich VG Augsburg, Urt. v. 22.11.2017 - Au 6 K 17.1271, Rn. 32, zitiert nach juris).

Bei den im Beschäftigungsrecht zu beachtenden Rechtsgrundlagen handelt es sich ausschließlich um solche, die der Ausländerbehörde ein Ermessen einräumen. Da sich gerade im Zusammenhang mit der Ausbildungsduldung in der Praxis oft die Frage stellt, ob die „Bleibewahrscheinlichkeit“ oder aber auch – wie zuvor angesprochen – die Entscheidung des BAMF im Asylverfahren zulässige Ermessenserwägungen darstellen oder nicht, soll mit dieser Stellungnahme der Versuch einer gesetzlichen Klarstellung unternommen werden.

### III. Rechtliche Grundlagen

In rechtlicher Hinsicht ist zu unterscheiden, ob der Ausländer die Beschäftigungserlaubnis bzw. die Erlaubnis zum Antritt oder zur Fortführung einer Berufsausbildung während des noch laufenden Asylverfahrens oder nach einem bestands- bzw. rechtskräftig negativ abgeschlossenen Asylverfahren begehrt.

#### 1. Beschäftigungserlaubnis für Inhaber einer Aufenthaltsgestattung

Die hier zu beachtende Rechtsgrundlage befindet sich in § 61 Abs. 2 AsylG. Danach kann einem Asylbewerber, der sich seit drei Monaten gestattet im Bundesgebiet aufhält, die Ausübung einer Beschäftigung erlaubt werden, wenn die Bundesagentur für Arbeit zugestimmt hat oder durch Rechtsverordnung bestimmt ist, dass die Ausübung der Beschäftigung ohne Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit zulässig ist. Im Hinblick auf die Ausübung einer Berufsausbildung in einem staatlich anerkannten oder vergleichbar geregelten Ausbildungsberuf enthält

§ 32 Abs. 2 Nr. 2 Beschäftigungsverordnung (BeschV) die Festsetzung, dass die Erteilung einer Erlaubnis für diese Berufsausbildung keiner Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit bedarf.

Es ist anerkannt, dass diese Vorschrift der BeschV keine eigenständige Rechtsgrundlage für die Erteilung einer Erlaubnis zur Ausübung einer Berufsausbildung darstellt. Eine solche enthält vielmehr § 61 Abs. 2 AsylG i. V. m.

§ 32 Abs. 2 Nr. 2 BeschV.

Ausgenommen sind nach § 61 Abs. 2 S. 4 AsylG nur Ausländer aus einem sicheren Herkunftsstaat, wenn deren nach dem 31. August 2015 gestellter Asylantrag abgelehnt wurde. Auch in diesem Zusammenhang soll auf die in Bayern praktizierte, restriktive Praxis hingewiesen werden, wonach bei Ausländern aus sicheren Herkunftsstaaten auch der Verzicht auf die Stellung eines Asylantrags als Anhaltspunkt für eine Missbrauchsvermutung dient (Vollzugshinweise des BayIM vom 1. September 2016, Seite 16).

Dem wird in der Literatur zurecht entgegengehalten, dass der Verzicht auf die Stellung eines Asylantrags schon deshalb nicht als Anhaltspunkt für eine (gesetzlich nicht geregelte) Missbrauchsvermutung taugt, da sich der Betroffene sonst – in offenem Widerspruch zu dem Normzweck des § 60a Abs. 6 Nr. 3 AufenthG – veranlasst sähe, einen Asylantrag zu stellen, obwohl er nach eigener Auffassung nicht verfolgt ist und in der Sache keinen Schutz vor Verfolgung begehrt (so ausdrücklich *Wittmann*, Ausbildungsuldung und Beschäftigungserlaubnis für Staatsangehörige sicherer Herkunftsstaaten – aktuelle Rechtsfragen, NVwZ 2018, Seite 28 ff.).

## 2. Beschäftigungserlaubnis für Inhaber einer Duldung

Ausländern, deren Asylverfahren bestandskräftig negativ abgeschlossen ist und solchen, denen aus anderen Gründen eine Duldung zu erteilen ist, kann nach § 4 Abs. 2 S. 3 AufenthG i.V.m. § 32 Abs. 2 Nr. 2 BeschV eine Erlaubnis zur Aufnahme oder Fortführung einer Berufsausbildung erteilt werden. Ebenso wie § 61 Abs. 2 AsylG stellt der Gesetzgeber die Erteilung einer Erlaubnis für die Berufsausbildung in das Ermessen der Ausländerbehörde.

Bevor die Ausländerbehörde in diese Ermessensprüfung einsteigt, hat sie jedoch zunächst zu prüfen, ob Versagungsgründe des § 60a Abs. 6 AufenthG vorliegen. Im Hinblick auf die negativen Tatbestandsvoraussetzungen hat die Ausländerbehörde bei der Erteilung einer Ausbildungserlaubnis an Duldungsinhaber mithin ein wesentlich größeres gesetzliches Instrumentarium als bei Asylbewerbern zur Verfügung, um einen Antrag auf Erteilung einer Ausbildungserlaubnis abzulehnen. In der Praxis spielen hier insbesondere Verstöße gegen Mitwirkungspflichten im Sinne des § 60a Abs. 6 S. 2 AufenthG eine große Rolle, die (in der Vergangenheit) dazu geführt haben, dass aufenthaltsbeendende Maßnahmen nicht vollzogen werden konnten (siehe hierzu bereits die DAV-Stellungnahme [Nr. 31/2016](#) zum Integrationsgesetz, dort die Seite 34 ff.).

#### **IV. Rechtspraxis und Rechtsprechung**

In der Vergangenheit, d.h. bis zum Inkrafttreten der Regelungen zur Ausbildungsduldung mit dem Integrationsgesetz am 6. August 2016, waren so gut wie keine ablehnenden Entscheidungen der Ausländerbehörde zu einer beantragten Erlaubnis für eine Berufsausbildung zu verzeichnen. Lagen die Voraussetzungen des § 32 Abs. 2 Nr. 2 BeschV vor, war es offensichtlich im Sinne aller beteiligten Akteure, Ausländern die Aufnahme der Berufsausbildung – auch beschäftigungsrechtlich – zu ermöglichen.

Diese – für Betriebe und potentielle Azubis freundliche – Rechtspraxis wurde in vielen Bundesländern auch nach Inkrafttreten der gesetzlichen Regelungen zur Ausbildungsduldung fortgeführt. Beredtes Zeugnis hierfür ist der Hinweis in den entsprechenden Ländererlassen, dass wegen des gesetzgeberischen Ziels der Schaffung von Rechtssicherheit das den Ausländerbehörden in § 4 Abs. 2 S. 3 AufenthG eingeräumte Ermessen – weitgehend – auf Null reduziert ist. In den meisten Erlassen wird allerdings strikt zwischen Ausbildungsduldung und Beschäftigungserlaubnis differenziert und klargestellt, dass § 60a Abs. 2 S. 4 AufenthG keinen Anspruch auf eine Beschäftigungserlaubnis gewährt, sondern eine solche voraussetzt.

In den Bundesländern, in denen eine solche Erlasslage nicht existiert, sind Ausbildungserlaubnisse aus den verschiedensten Gründen abgelehnt worden. Auf die restriktive Praxis in Bayern nach den Vollzugshinweisen des Bayerischen Staatsministeriums des Innern, für Bau und Verkehr vom 1. September 2016 ist bereits hingewiesen worden. Aber auch außerhalb Bayerns, so zum Beispiel in Hessen, soll es zulässig sein, eine Ausbildungserlaubnis trotz Vorliegens der Voraussetzungen für die Erteilung einer Ausbildungsduldung mit Blick auf den in § 1 AufenthG geregelten Kontroll- und Steuerungszweck des Aufenthaltsgesetzes ablehnen zu können. So hat der Hessische Verwaltungsgerichtshof in seinem Beschluss vom 21. April 2017 (3 B 826/17 und 3 D 828/17) ausgeführt: „Es würde dem aus § 1 AufenthG folgenden Kontroll- und Steuerungszweck des Aufenthaltsgesetzes entgegen stehen, wenn der Ausländer seinen weiteren Aufenthalt in der Bundesrepublik – auch nach illegaler Einreise – allein mit dem Abschluss eines privatrechtlichen Ausbildungsvertrages mit der Folge erreichen könnte, dass ihm die Ausländerbehörde



zwingend eine Ausbildungsduldung zu gewähren hat. In einem solchen Falle würde über die Einreise und den weiteren Aufenthalt des Ausländers in der Bundesrepublik letztlich der Ausbildungsbetrieb entscheiden.“ Hierbei übersieht der 3. Senat des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs bereits, dass § 1 AufenthG auch das legitime Ziel der Stellenbesetzung bzw. die Beachtung des Fachkräftemangels umfasst und nicht nur allgemein den Kontroll- und Steuerungszweck des AufenthG im Sinne einer Fernhaltung des Ausländers vom deutschen Arbeitsmarkt, wie dies vielleicht noch nach dem Anwerbestopp im Jahre 1973 der Fall war. Auch stellt sich die Frage, ob der allgemeine Verweis auf die Kontroll- und Steuerungsfunktion des AufenthG ausreicht, einen Antrag auf Erteilung einer Ausbildungserlaubnis abzulehnen, wenn die Ausländerbehörde zuvor die Versagungsgründe des § 60a Abs. 6 AufenthG geprüft hat und zu dem Ergebnis gekommen ist, dass diese nicht vorliegen. Diese Prüfung könnte ohne weiteres als abschließend angesehen werden. Auch aufgrund dieser Erwägungen hat der 3. Senat mittlerweile diese Rechtsprechung aufgegeben und geht nunmehr von einem intendierten Ermessen der Ausländerbehörde nach § 4 Abs. 2 S. 3 AufenthG aus. Sofern die in § 60a Abs. 2 S. 4, Abs. 6 AufenthG normierten Voraussetzungen für die Erteilung einer Ausbildungsduldung vorliegen, ist danach im Regelfall eine Beschäftigungserlaubnis zu erteilen (Hess. VGH, Beschl. v. 15.02.2018 – 3 B 2137/17, zitiert nach juris).

Darüber hinaus ist in der Rechtsliteratur äußerst umstritten, ob nicht das grundsätzlich der Behörde bei der Erteilung einer Beschäftigungserlaubnis zustehende Ermessen in den Fällen, in denen ein Tatbestand der BeschV erfüllt ist, derart eingeschränkt ist, dass im Zweifel die Erlaubnis zu erteilen ist. In der Literatur wird insoweit von „*ermessenslenkenden Leitlinien*“ (Bergmann/Dienelt, AusIR, 11. Auflage, § 18, Rn. 3) gesprochen, die sowohl von der Ausländerbehörde wie auch von der Auslandsvertretung zu berücksichtigen sind.

## V. Vorschlag einer gesetzlichen Klarstellung

Um dieser unterschiedlichen Praxis zu begegnen und die Entscheidung über die Erteilung einer Ausbildungserlaubnis nicht von der rechtlichen Einschätzung und Haltung der Ausländerbehörde oder des Richters bzw. der Richterin am Verwaltungsgericht abhängig zu machen, schlägt der Deutsche Anwaltverein folgende Änderungen vor:

In § 4 Abs. 2 AufenthG wird folgender, neuer Satz 4 aufgenommen:

*„Die Ausübung einer Beschäftigung ist zu erlauben, wenn einer der Tatbestände des § 32 Abs. 2 Nr. 1-2 BeschV erfüllt ist und Versagungstatbestände nach § 60a Abs. 6 AufenthG nicht vorliegen.“*

Der bisherige Satz 4 wird dann zum neuen Satz 5.

In § 61 Abs. 2 AsylG wird folgender, neuer Satz 2 eingefügt:

*„Die Ausübung einer Beschäftigung ist zu erlauben, wenn einer der Tatbestände des § 32 Abs. 2 Nr. 1-2 BeschV erfüllt ist.“*

Die Nummerierung der folgenden Sätze müsste dann entsprechend angepasst werden.